Heeft Israël het recht op zelfverdediging? En welke beperkingen gelden er?

www.ejiltalk.org / heeft-israel-het-recht-op-zelfverdediging-en-wat-zijn-de-beperkingen/

Door Geir Ulfstein

8 mei 2024

Er is veel aandacht geweest voor Israëlische schendingen van het internationaal humanitair recht (*jus in bello)* en mogelijke genocide in Gaza. Minder aandacht is besteed aan Israëls claim op zelfverdediging (*jus ad bellum*) tegen de terroristische aanslag van 7 oktober 2023. De regels voor zelfverdediging hebben echter betrekking op de rechtmatigheid van het algemene doel van de operaties en de keuze van de militaire strategie. Dit verschilt van de rechtmatigheid van de targeting in individuele operaties zoals bepaald door het internationaal humanitair recht of van een mogelijk genocidaal doel van de operaties.

Marko Milanovic [hier] heeft betwijfeld of het verbod op geweldgebruik en het recht op zelfverdediging in het Handvest van de VN van toepassing zijn, evenals het nut van de beperkingen van noodzakelijkheid en proportionaliteit in het gewoonterecht. De inhoud van deze beperkingen is ook besproken door Adil Ahmad Haque [hier en hier] en Charles Kels [hier] en door andere auteurs. Bij gebrek aan universele erkenning van Palestina als staat zal ik de relevantie van de regels inzake zelfverdediging bespreken en de implicaties ervan voor de beperkingen op de Israëlische militaire operaties aanwijzen.

Verbod op het gebruik van geweld

Artikel 2(4) van het Handvest van de Verenigde Naties verbiedt het gebruik van geweld in interstatelijke betrekkingen. Er zijn overtuigende argumenten dat Palestina voldoet aan de juridische vereisten voor staatssoevereiniteit, vooral na te zijn toegelaten als waarnemende staat bij de Verenigde Naties en partij te zijn geworden bij verschillende verdragen, met name het Statuut van het Internationaal Strafhof. Er bestaan echter verschillende meningen over de mate waarin Palestina als staat moet worden beschouwd onder het algemene internationale recht, of alleen voor specifieke doeleinden ('functionele staatssoevereiniteit'), zie hier , hier en hier .

Maar zelfs als Palestina geen staat zou mogen zijn volgens het algemene internationale recht, heeft het IGH bevestigd dat het Palestijnse grondgebied, gebaseerd op gewoonterecht, territoriale integriteit geniet en daardoor bescherming geniet tegen het gebruik van militair geweld. Dit gewoonterechtverbod heeft in het Israëlisch-Palestijnse

conflict uitdrukking gevonden in de zaak *Wall* (2004), waarin het IGH stelde dat 'de beginselen met betrekking tot het gebruik van geweld die in het Handvest zijn opgenomen, het gewoonterecht weerspiegelen' (par. 87). Het Hof merkte ook op dat 'het beginsel van zelfbeschikking van volkeren is verankerd in het Handvest van de Verenigde Naties en door de Algemene Vergadering is bevestigd in resolutie 2625 (XXV) […], op grond waarvan "Elke staat de plicht heeft zich te *onthouden van elke gewelddadige actie die de volkeren waarnaar [in die resolutie] wordt verwezen … hun recht op zelfbeschikking* ontneemt "' (par. 88, cursivering toegevoegd).

Dit betekent dat Israël niet het recht heeft om geweld te gebruiken op grondgebied waarop het Palestijnse volk zijn recht op zelfbeschikking kan uitoefenen, tenzij Israël daarvoor een specifieke rechtsgrondslag kan aantonen. In dit verband is het opmerkelijk dat Resolutie 2720 (2023) van de Veiligheidsraad benadrukte dat '[d]e Gazastrook een integraal onderdeel vormt van het in 1967 bezette gebied' en dat de Raad 'de visie van de tweestatenoplossing, waarbij de Gazastrook deel uitmaakt van de Palestijnse staat, herhaalde'.

Aangezien Israël zich in 2005 uit Gaza heeft teruggetrokken, kan het het gebied niet legaal opnieuw betreden met militaire troepen, tenzij een dergelijke hernieuwde territoriale controle gebaseerd kan zijn op de uitoefening van het recht op zelfverdediging. Bovendien beweerde Israël vóór de gebeurtenissen van 7 oktober 2023 dat Gaza geen bezet gebied vormde. Dienovereenkomstig konden Israëls militaire operaties volgens eigen zeggen niet gebaseerd zijn op de rechten van een bezettingsmacht onder het internationaal humanitair recht [hier en hier].

Recht op zelfverdediging

Inhoudelijk kan er geen twijfel over bestaan dat de aanval van 7 oktober een 'gewapende aanval' vormde in de zin van de drempelwaarde van artikel 51. Het IGH ontzegde Israël echter in zijn *Wall-* advies het recht op zelfverdediging tegen terroristische aanslagen om twee redenen. Ten eerste stelde het Hof dat artikel 51 de relatie tussen staten regelt en dat Israël niet had beweerd dat de aanslagen van een staat afkomstig waren. Ten tweede merkte het Hof op dat Israël controle uitoefent over de bezette Palestijnse gebieden en dat de bedreigingen vanuit dat gebied kwamen (paragraaf 139). Niettemin erkende het Hof dat Israël het recht, en zelfs de plicht, heeft om zijn burgers te beschermen binnen de grenzen van het internationaal recht (paragraaf 141).

The acceptance of Palestinian statehood has widely increased in the 20 years since the *Wall* opinion. What is more, a fundamental difference between the legal status of the West Bank and Gaza today is that Israel continues to exercise territorial jurisdiction over the former territory but since its withdrawal in 2005, not over Gaza. The underlying reason for the Court denying Israel the right of self-defence in the *Wall* must be explained by Israel's jurisdictional control over the West Bank. This is different in Gaza where Israeli authorities have not been physically present after 2005. Therefore, the prohibition against self-defence on occupied territory should not apply in Gaza, regardless of whether Gaza generally is considered occupied.

The ICJ recognised in *Wall* that 'the existence of a "Palestinian people" is no longer in issue'. It further noted that this has been accepted by Israel in an exchange of letters of 1993 with the PLO (para. 118). PLO has represented Palestine as observer in the UN General Assembly, see UNGA Resolution 67/19 (2012) [here]. Hamas won the Palestinian parliamentary elections in 2006 and has territorial control over Gaza. Nevertheless, it is the PLO that generally represents Palestine at the international level [here and here], including in territorial issues, peace and security.

Therefore, the Hamas attack on 7 October cannot be attributed to Palestine, whether it should be considered a state or a 'self-determination unit'. This raises the question of the extent to which a state (Israel) has a right to self-defence against attacks from a non-state actor (Hamas). The rejection of self-defence against non-state actors in the *Wall* was criticized by a minority of the judges and the question was left open in *Armed activities* (2005) (para. 147). The scholarly debate has continued under the label of the 'unable or unwilling' doctrine, see e.g. here, here and here. I will not go into the debate about the extent to which a state has the right to self-defence against non-state actors, but in the following only assume that states have such a right.

Restrictions on the right to self-defence

In any case, the exercise of the right to self-defence must respect the customary international law requirements of necessity and proportionality. Proportionality is generally seen as comprising four elements, i.e. the legitimacy of the reason for rights limitation; the suitability of a measure for obtaining the purpose; the necessity in the sense that the least restrictive measure should be chosen; and, finally, the balancing of the benefit of the measure relative to the importance of protecting the obligation (the *stricto sensu* analysis) [here and here]. The principle of proportionality is generally accepted as the appropriate approach in the balancing of protected rights and, on the other hand, other legitimate interests [here].

The Israeli military operations should be questioned in relation to these proportionality elements. First, Israel was clearly allowed to halt and repel the Hamas attack. Moreover, the liberation of the hostages is a legitimate purpose. Self-defence arguably also allows the prevention of reasonably foreseeable future threats. However, many have challenged the reasons for and overall effect of the massive operations. They may be seen as expressions of illegal punishment or revenge. The ICJ has, in its provisional measures in the case raised by South Africa [here], not even excluded a genocidal purpose.

We do not have clear guidance from the ICJ and state practice about how to operationalize the *stricto sensu* balancing in different contexts. But there is general agreement among scholars that proportionality in jus *ad bellum*, as expressed by Kretzmer, 'includes (but is certainly not confined to) damage to combatants and military objects'. Recent scholarship by Tams and Brückner, Henderson and O'Meara also shows that states and scholars have condemned the Israeli military intervention in Lebanon in 2006 and earlier military actions in Gaza (2009, 2012 and 2014) as disproportionate. In the Gaza context, it is, on the one hand, not obvious that the massive Israeli attack, with

the extensive loss of life and destruction, is well suited to secure the release of the remaining hostages. It is also difficult to imagine that Israel would once again face a surprise attack comparable to what happened on 7 October. On the other hand, the losses and damages in Gaza are strikingly more dramatic than the ones experienced in Lebanon in 2006. If the destructions in Lebanon could be considered disproportionate, Gaza is clearly beyond the limits of lawful *ad bellum* use of force.